

A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES RELATIVAS AOS BENS PÚBLICOS

Maria Helena Diniz¹

RESUMO

Se as normas, num dado caso concreto, não corresponderem a sua finalidade e a sua função o órgão judicante poderá decidir, aplicando-se um princípio geral de direito, que conduza à afirmação da imprescritibilidade de qualquer pretensão, não havendo norma especial, que verse sobre bens públicos. Tal resolução não é contra o direito, visto estar autorizada pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, já que nada impede que haja uma opção pela norma mais justa, visando manter a coerência do sistema jurídico, afaztando a aplicação de outra norma, em prol do fim social e do bem comum.

PALAVRAS CHAVES: bem público, prescrição, lacuna.

1 INTRODUÇÃO

A violação do direito subjetivo cria para o seu titular a pretensão, ou seja, o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado, dentro de um prazo legal. O titular da pretensão jurídica terá prazo para propor ação, que se inicia (*dies a quo*), no momento em que sofrer violação de seu direito subjetivo. Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma sanção adveniente, que é a prescrição. Esta é uma pena ao negligente. É perda da ação, em sentido material, porque a violação de direito é condição de tal pretensão à tutela jurisdicional. A prescrição atinge a ação em sentido material e não o direito subjetivo; gera a exceção, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão.

A prescrição tem por objeto a pretensão à prestação devida em virtude de um descumprimento legal ou obrigacional, que gera o direito para obter a tutela jurisdicional, por ser uma exceção oposta ao exercício da ação (em sentido material) tem por escopo extingui-la, ante a inércia do titular, deixando escoar o prazo legal para exigi-la,

¹ Professora Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

tendo por fundamento um interesse jurídico-social. Esse instituto foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado.

Diante do conflito existente entre normas relativas à prescrição das pretensões atinentes aos bens públicos, surgem as seguintes indagações:

As pretensões sobre bens públicos são prescritíveis ou não? Há uma real antinomia entre as normas sobre prescrição das pretensões que versam sobre bens públicos?

Trata-se de tema controvertido, por isso, julgamos conveniente, para elucidar tal questão, apresentar uma noção de bens.

Bens são coisas que proporcionam ao sujeito de direito uma utilidade, sendo suscetíveis de apropriação e de estimação pecuniária², constituindo, então, seu patrimônio. Compreendem não só as coisas corpóreas, mas também as

² Sobre prescrição: Antônio Luiz da Câmara Leal, *Da prescrição e decadência*, Rio de Janeiro, Forense. 1978,p.9; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2006, vol.1, p. 391-2; Darcy Arruda Miranda, *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1981; V.1,p.109-39; Humberto Theodoro Jr., *Comentário ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 186. Sobre conceito de bens; Agostinho Allvim, *Curso de Direito Civil* (apostila PUCSP), vol. 1, p.13.

incorpóreas, como, p.ex., as criações intelectuais (propriedade literária, artística e científica) e os fatos humanos, ou seja, as prestações de dar, fazer e não fazer, que são considerados pelo direito como suscetíveis de constituir objeto da relação jurídica³. Logo o *patrimônio* abrange *bens corpóreos* ou materiais como prédios, terrenos etc., e bens incorpóreos, relativos aos direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos de seu intelecto ou contra outra pessoa, apresentando valor econômico, como, p.ex., direitos autorais, reais e pessoais ou obrigacionais⁴.

Os bens que recaíram sob a titularidade de pessoa física ou jurídica, de direito privado, serão particulares e os pertencentes à pessoa jurídica de direito público interno serão bens públicos (CC. art. 98).

Os bens públicos podem ser:

³ Scuto. *Istituzioni di diritto privato: parte generale*. V. 1. p. 291: Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, 2, ed., Freitas Bastos, 1962, v 1. 354; M. Helena Diniz, *Curso*, cit. V.1. p. 141 e 142; Paulo A. V. Cunha, *Do patrimônio*, Lisboa, 1934v v. 1: Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v.5, p. 365-410; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v.1. p. 341 e 349; Planiol, *Traité de droit civil*, v. 1. N. 747; Silvio Rodrigues, *Curso*, cit.. v. 1. p. 13, 123 e 125.

a) *De uso comum do povo*. Embora pertencentes à pessoa de direito público interno, podem ser utilizados, sem restrição, gratuita ou onerosamente, por todos, sem necessidade de qualquer permissão especial (praças, jardins, praias, estradas, mar, ruas, rios, golfos, baías) (CC. Art.99, I; JTACSP,112:92; RT,688: 98, 653: 100). Entretanto, não perdem essa natureza se regulamentos administrativos condicionarem ou restringirem o seu uso a certos requisitos ou mesmo se instituírem pagamento de retribuição (CC, art. 103). Por exemplo: pedágio nas estradas, como contribuição a sua conservação ou custeio. (RT, 777: 120. 41; RJTJSP, 40:124). Pode, ainda, o poder público suspender seu uso por razões de segurança nacional ou do próprio usuário, exemplificativamente: proibição de tráfego, interdição de porto, barragem de rio etc. Temos aí uma propriedade *sui generis*, segundo Hauriou⁵, uma posse em nome do interesse coletivo, pois o que é livre é a utilização do bem por qualquer pessoa e não o seu domínio. Logo, o seu titular pode reivindicar, se uma pessoa, natural ou jurídica, pretender o uso exclusivo da coisa comum, impedindo que o grande público dela se utilize. Isto é assim porque o ente público tem a

⁴ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 3 ed.. Rio de Janeiro, 1971, p. 198, Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, v. 1, p.146.

guarda, a administração e a fiscalização dos bens de uso comum.

b) estabelecimento federal, estadual ou municipal, como prédios onde funcionam tribunais, escolas públicas, secretarias, ministérios, quartéis *De uso especial*. São os utilizados pelo próprio poder público, constituindo-se por imóveis aplicados ao serviço ou etc. Têm, portanto, uma destinação especial (CC.art. 99.II).

c) *Dominicais*. Compõem o patrimônio da União (CF, art. 20, I a XI e EC n. 46/2005), dos Estados (CF, art. 26, I a IV) ou dos Municípios, abrangendo bens corpóreos, móveis ou imóveis (CC, art. 99, III), ou incorpóreos, como objeto do direito pessoal ou real dessas pessoas de direito público interno. O mesmo se diga do patrimônio de autarquia. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado” (CC. Art. 99, parágrafo único), como p. ex., às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades da economia mista e a consórcios públicos – (Lei n. 11. 107/2005, art. 1º, §§ 1º e 6º;

⁵ Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 530 e s.

III). Isto é assim, porque como ensina Odete Medauar, o “ordenamento brasileiro inclina-se à publicização do regime de bens pertencentes a empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas pelo Poder Público”, mesmo se tiverem a estrutura de direito privado. Abrangem, por exemplo: títulos da dívida pública, estradas de ferro, telégrafos, fazendas do Estado, ilhas formadas em mares territoriais (Lei n. 8.617/93) ou rios navegáveis, terras devolutas (CF, arts. 225, § 5º, 188, §§ 1º e 2º: Dec.-lei n. 1.414/75; Leis n. 6.383/76 e 6.925/81: RTJ, 32:73: RJTJSP, 26:246, 12:68, 23:260; CJ, 71:116; RT, 339:448), terrenos de marinha e acrescidos, bens vagos, quedas d’água, jazidas e minérios (CF. art. 176), arsenais com todo material da marinha, exército e aviação, bens que foram do domínio da Coroa, títulos de crédito, dinheiro arrecadado por tributos⁶,

⁶ O dinheiro arrecadado pelo tributo é bem público dominical já que, segundo Jèze (*Cours élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 5.ed. 1912), é uma forma de receita, pois é a prestação pecuniária, requerida dos particulares por via da autoridade, a título definitivo e sem contraprestação, para o fim da cobertura das necessidades públicas. Todavia, há quem ache, como José Cretella Jr. (*Dos bens públicos*, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 262, 264, 321 e 322), que o dinheiro, como renda da fazenda pública, participa da natureza dos bens de uso especial, ao afirmar que “sendo a finalidade da renda pública a satisfação dos diversos compromissos do Estado, mas tendo seu destino, como resultado da arrecadação, especializado nas verbas orçamentárias, tais rendas uma vez colocadas nas mãos da autoridade administrativa, pela arrecadação,

cota-parte em impostos, multas cobradas, direito de cobrar dívida, operações de crédito, produtos obtidos com a alienação de bens móveis ou imóveis autorizada legalmente etc⁷. Os bens públicos dominicais podem, por determinação legal, ser convertidos em bens de uso comum ou especial. Nada impede a utilização dos bens dominicais por particulares desde que subordinada às normas administrativas, às condições e limitações impostas pelo Poder Público (Lei nº 6.925/81, art. 3º: RTJ, 32:73; STF, Súmula 477).

Os bens públicos apresentam como caracteres⁸:

participam da categoria dos bens de uso especial”. Sem embargo dessa opinião, deduzimos, da leitura dos arts. 6º, § 1º, 39, 105 e §§, 112, parágrafo único e outros da Lei n. 4.320/64, que fazem parte do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno, constituindo bens dominicais, como mencionamos no corpo de nossa obra: impostos, taxas e contribuições de melhoria arrecadados; contribuições da União, Estados e Municípios; cota-parte em impostos; multas cobradas; direito de cobrar dívida; indenizações e restituições; auxílios da União, dos Estados e Municípios; operações de crédito; produtos obtidos com venda de bens permitida por lei etc.

⁷ Sobre bens públicos, v.:M.Helena Diniz, *Curso*, cit., v.1, p. 160-1; Orlando Gomes, *Introdução*, cit. P. 221-4; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 444; Mário Mazagão, *Direito administrativo*, v. 1, n.283; Silvio Rodrigues, *Curso*, cit. v.1, p.157-60; Serpa Lopes, *Curso*, cit. v.1, p.375-380.

⁸ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo*, cit.; M. Helena Diniz, *Curso*, cit., v.1, p. 161, 196 e 197; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, cit., p.161-4; Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 191 e 224; Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit. v. 1, 381-9; Spencer Vampré, RT. 34.385 e s: Mário Mazagão, *Direito administrativo*, cit. : Álvaro Villaça Azevedo, *Bens impenhoráveis*,

a) A *inalienabilidade*, desde que, ensina Meirelles, destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos, ou seja, enquanto guardarem a afetação pública. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, logo não podem ser vendidos, doados ou trocados. Tal inalienabilidade poderá ser revogada desde que: o seja mediante lei especial; tenham tais bens perdido sua utilidade ou necessidade, não mais conservando sua qualificação, assim ocorrida a desafetação (mudança da destinação) de um bem público este perderá a inalienabilidade se incluído no rol dos bens dominicais (CC, art. 101) para tornar possível sua alienação (RT, 711:93, 621:189); e a entidade pública os aliene em hasta pública ou por meio de concorrência administrativa (RF, 83: 275). Pelo art. 101 do Código Civil, os bens públicos dominicais poderão ser alienados (arrendamento, compra e venda, comodato) como se fossem bens particulares, observando-se as exigências legais (por exemplo: licitação, autorização legal e avaliação prévia), uma vez que não há qualquer afetação a uma finalidade pública específica.

in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 11, p.229, José Cretella Jr., *Dos bens públicos*, cit. , p.323.

b) A *impenhorabilidade*, porque inalienáveis, são insuscetíveis de ser dados em garantia. A impenhorabilidade impede que o bem passe do patrimônio do devedor ao do credor, ou de outrem, por força de execução judicial (adjudicação ou arrematação).

c) A *imprescritibilidade* das pretensões a eles relativas, devido a sua inalienabilidade. Contudo, poderão ser essas pretensões prescritíveis nos casos e formas que a lei estatuir, para evitar a especulação ou a má distribuição de um bem necessário ao povo.

d) Se o patrimônio estatal abrange além dos bens corpóreos, os direitos reais e pessoais (como os de crédito), as pretensões a eles atinentes seriam prescritíveis ou não?

Essa questão não é nova e tem sido muito discutida ante sua complexidade.

As pretensões sobre bens públicos, seja qual for sua natureza, não estão, em regra, sujeitas à prescrição.

No que atina aos *direitos reais*, isto é, às relações entre o Estado e os bens corpóreos que lhe pertencem, o Decreto n. 19.924/31, art. 1º (ora revogado pelo Decreto s/n de 25-4-1991): o Decreto n. 22.785/33, art. 2º (ora revogado pelo

Decreto s/n. de 25-4-1991); o Decreto-lei n. 710/38. Art.12, parágrafo único; o Decreto-lei n. 9.760/46, art. 200; a Lei n. 6.428/77; o Código Civil, art. 102, tem estatuído que as pretensões de particulares contra a entidade pública são imprescritíveis (v. também RT. 453:66; STF. Súmula 340⁹). Como se vê, referem-se apenas à imprescritibilidade das ações sobre direitos reais, visto que a usucapião é modo aquisitivo do direito real, ou seja, da propriedade, do usufruto, do uso, da habitação e da servidão predial.

Todavia, houve a exceção de usucapião especial (EC n. 1/69, art.171, parágrafo único; Lei n. 6.969/81; Dec.n. 87.040/82, arts. 2º, 3º 4º, § 1º - revogado pelo Decreto n. 11, de 18-1-1991; Dec. n. 87.620/82/, arts. 1º a 4º).

Realmente, a nossa Emenda Constitucional n. 1/69, no art. 171 e parágrafo único rezava:

A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas, por aqueles que a

⁹ A Súmula 340 do STF dispõe que “ Desde a vigência do Código Civil os bens dominicais como os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião”, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 1, p. 11; M. Helena Diniz, *Curso*, cit. v. 4, p. 8-13; Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 9. Ed., Rio de Janeiro, 1953, v, 9, obs. 1 ao art. 485; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, cit. 1979, v. 3, p. 243.

tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família. Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.

A Lei n. 6.969/81 veio estabelecer normas sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóvel rural possuído por cinco anos ininterruptos, independentemente de justo título e boa-fé, desde que: a) o imóvel não excedesse a vinte e cinco hectares, ou seja, igual a um módulo rural; b) o possuidor, que não fosse proprietário rural ou urbano, o tornasse produtivo com o seu trabalho, nele tendo sua morada; e c) houvesse sentença judicial declaratória que servisse de título para a transcrição no Registro de Imóveis (art. 1º, parágrafo único). A usucapião especial abrangia as terras particulares e as terras devolutas da União, dos Estados e dos Municípios, conforme especificava o revogado Decreto n. 87.040/82, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao posseiro pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispunham sobre o processo discriminatório de terras devolutas (art. 2º). Não alcançava, portanto, as áreas indispensáveis à segurança nacional, as terras habitadas por silvícolas, nem as áreas de interesse ecológico, consideradas como tais as reservas biológicas ou florestais e os parques

nacionais, estaduais ou municipais, assim declarados pelo Poder Executivo, assegurada aos atuais ocupantes a preferência para assentamento em outras regiões pelo órgão competente (art.3º), isto é, pelo INCRA. A ação de usucapião especial devia ser processada e julgada na comarca da situação do imóvel; porém no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação, segundo a Emenda Constitucional n.1/69, art. 126, promovia-se perante a justiça estadual, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na 1ª instância, a representação judicial da União (art.4º, § 1º). Quanto ao procedimento administrativo para o reconhecimento da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais compreendidos em terras devolutas, devia-se seguir o disposto no Decreto n. 87.620/82, Arts. 1º a 4º. Apenas nessa hipótese é que se podia falar em prescrição de ação (em sentido material) real contra a Fazenda Pública, por estar autorizada legalmente.

A imprescritibilidade do domínio público é consequência de sua inalienabilidade, pois, uma vez que não podem ser adquiridas, por qualquer modo, as coisas que estão fora do comércio, não podem elas, por dedução, ser usucapidas, já que, havendo usucapião, o antigo titular perde a pretensão devido a sua inércia, e, conseqüentemente, o possuidor adquire o *direito real*, isto é, a propriedade.

Com o advento da Constituição Federal, de 1988 (art. 191, parágrafo único), atualmente em vigor, reformulou-se a configuração jurídica da usucapião *pro labore* ou *especial rural*, que encontra sua justificação no fato do usucapiente ter tornado, com seu trabalho, produtiva a terra, tendo nela sua morada. Para que se concretize esse modo de aquisição de propriedade será preciso que: a) o ocupante não seja proprietário de imóvel rural ou urbano; b) a posse, por ele exercida *animus domini*, seja ininterrupta e sem oposição por cinco anos; c) o ocupante da área de terra, em zona rural, a torne produtiva com seu trabalho agrícola, pecuário ou agroindustrial; d) o usucapiente deve ter nela sua moradia habitual; e) a área, objeto de usucapião, não seja superior a 50 hectares; f) a terra usucapienda não seja pública. Logo, não há que se falar no Brasil, hodiernamente, em usucapião de terras públicas, mesmo que abandonadas ou improdutivas. Todavia, observam Rodrigues e Freitas que, no nosso ordenamento jurídico, há usucapião de terras devolutas, ante o disposto no art. 188, da Constituição Federal de 1988, que prescreve que a destinação das terras devolutas deve compatibilizar-se com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, uma vez que aquelas terras constituem bens patrimoniais estatais afetados por uma destinação social *sui generis*. Logo, para esses juristas, possível será ao particular usucapi-las, para

atender ao interesse social de continuidade da exploração econômica da terra.

O grande problema, portanto, está em verificar se há ou não prescritibilidade das pretensões atinentes no *direito obrigacional* ou *peçoal* do Estado, que é também bem público. O direito obrigacional, pessoal ou de crédito é concernente às relações jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito do outro. Contempla relações jurídicas de natureza pessoal, visto que seu conteúdo é a prestação patrimonial, ou seja, a ação ou omissão da parte vinculada (devedor) tendo em vista o interesse do credor, que, por sua vez, tem o direito de exigir aquela ação ou omissão. De tal modo que, se ela não for cumprida espontaneamente, poderá movimentar a máquina judiciária para obter do patrimônio do devedor a quantia necessária à composição do dano¹⁰.

O Decreto n. 20.910/32, no art. 1º, ao estabelecer que:

as dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem assim todo ou qualquer

¹⁰ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, cit., v. 4, p. 6; M. Helena Diniz, *Curso*, cit., v.2, p. 3; Orlando Gomes, *Obrigações* Rio de Janeiro, Forense, 4 ed., 1976, p.17, 19 e 21; Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 p. 9 e 12; Savigny, *Le droit des obligations*, v. 1. P,11; Silvio Rodrigues, *Usucapião das terras devolutas*, *Revista Literária de Direito*, n. 15, p.8 a 10.

direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem

veio instaurar no sistema uma *antinomia teleológica*, por ser alusivo não só à prescrição das pretensões relativas a direitos pessoais violados como também à das reais contra a Fazenda Pública, conflitando outrora com a antiga Emenda Constitucional n. 1/69, art. 171, parágrafo único; a Lei n. 6.969/81; o Decreto n. 19.924/31 e o Decreto n. 22.785/33 (ora revogados pelo Decreto s/n. de 25-4-1991); o Decreto-lei n. 710/38; o Decreto-lei n. 9760/46, art. 200: a Lei n. 6.428/77 e com o Código Civil, art. 102. Esse tipo de antinomia normativa aparece sempre que a relação de meio a fim entre as normas não se verifica, mas deveria verificar-se. Na antinomia teleológica há uma incompatibilidade entre os fins propostos por certas normas e os meios estabelecidos por outras para a consecução daqueles fins. O legislador pretendeu com determinadas normas certo fim, mas com outras rejeita as medidas capazes de servir de meio para se alcançar tal objetivo¹¹. Essa antinomia advém de uma subversão, nas

¹¹ Karl Engisch, *Introdução*, cit., p. 260.

expectativas teleológicas e valorativas, que redimensiona as expectativas ideológicas.

Trata-se de uma *antinomia imprópria e aparente*, pois nada impede que se atue conforme as normas, optando por uma delas. Como nos ensina Kelsen, no conflito teleológico, o cumprimento de uma das duas normas contraditórias significa prejuízo para o fim almejado pela outra. Ante o postulado da coerência do sistema o jurista e o aplicador devem recorrer ao critério cronológico, ao hierárquico e ao da especialidade, para remover essa situação anormal, rechaçando uma das normas, destacando a *mais forte* como a decisiva por ter o caráter especial em relação à outra, por ser hierarquicamente superior ou anterior à outra¹². Devem também, ante a dinamicidade do direito, redimensionar os

¹² V. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Antinomia*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit. , p. 14 e 16; *Introdução*, cit., p. 256 e 257; José Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, cit., t.1.v .1, p. 374, Messineo, *Manual*, cit.; Kelsen (*EL contrato y el tratado*, p. 85) distingue o conflito lógico do conflito teleológico ao escrever: “Nos achamos em presença de um conflito lógico quando uma norma estatui o conteúdo A e outra do mesmo sistema prescreve o conteúdo não A ...”. Nos conflitos teleológicos não há incompatibilidade lógica pois “com ajuda de duas frases, que não implicam uma contradição lógica, a sua fórmula é: A deve ser e não A deve ser; mas há conflito quanto o cumprimento de uma das duas normas significa prejuízo para o fim desejado pela outra ...”. Apenas ante a impossibilidade da remoção da antinomia é que surge a lacuna de conflito, que deverá ser solucionada pelos meios de colmatação de lacunas.

valores, mediante a ideologia, baseando-se nas pautas estimativas, informadoras da ordem jurídico-positiva, preferindo uma decisão razoável. A lógica do razoável ajusta-se à solução da antinomia teleológica, harmonizando-se com o disposto no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que delineia o predomínio da finalidade da norma sobre sua letra. Todavia, é mister verificar os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinado caso concreto. Somente se esse resultado concordar com os fins e valores que inspiram a norma, em que se funda, deverá ela ser aplicada àquele caso. O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil permite, portanto, corrigir a contradição das normas relativas à prescrição das pretensões sobre bens públicos, apontando a que for mais razoável à solução do caso concreto, corrigindo a antinomia¹³.

¹³ Gavazzi, *Delle antinomie*, cit., p. 5 e s.; Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Direito, retórica e comunicação*, cit., p. 152 e 153, e *Teoria*, cit., p. 157 e 158; Miguel Reale, *Lições preliminares*, cit., p. 65 e 298, e *Filosofia do direito*, cit., v. 2, p. 32 e 33; Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 16; R. Limongi França. Da jurisprudência como direito positivo, RFDUSP, cit., p. 221; Frederico Marques, artigo publicado em O Estado de S. Paulo, 12 ago. 1956; Alípio Silveira, *Hermenêutica*, cit., v.1, p.343; Wilson de Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil*, cit., v. 1, p. 5 e 6; Recaséns Siches, *La nueva filosofía*, cit. México, 1950, p. 128, 255-8; M. Helena Diniz, *As lacunas*, cit., p.222-5.

Com base nessas idéias, fácil é denotar que a interpretação literal do art. 1º, do Decreto n. 20.910/32 levanta muitas dúvidas por ser antinômico ante as normas que proclamam a imprescritibilidade das pretensões sobre bens públicos, pois, ao referir-se “a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal”, dá a entender que estende a prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública a toda e qualquer pretensão, mesmo de natureza não creditória. Na realidade tal não ocorre, pois, interpretando-se esse dispositivo corretamente, nota-se que só abrange as pretensões fundadas em créditos, porque ao estabelecer a prescrição quinquenal fala em pretensão contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, e não contra a União, Estados e Municípios, dando a entender que se trata de pretensões relativas a crédito (dívida ativa), porque só estas podem ser dirigidas contra a Fazenda Pública, que designa os órgãos ou as repartições da administração pública responsáveis pelos interesses financeiros da administração (CPC, art. 475, II). O Código de Processo Civil, quando faz menção às pessoas jurídicas de direito público interno de administração direta, designa-as especificamente por União, Estado, Distrito Federal e Município (CPC, art. 475, I), enquanto o Decreto n.20910/32 alude apenas à prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, referindo-se tão-somente a todo e qualquer

direito que alguém alegue como *credor* dela, com a finalidade de criar um benefício a favor dela, livrando-a de qualquer *pretensão creditória* decorridos cinco anos da data em que poderia ser intentada. Nesse mesmo teor de idéias deverá ser interpretado o art. 2º, do Decreto-lei n. 4.597/42, que incluiu na abrangência do Decreto n. 20.910 as autarquias e entidades paraestatais, ao estatuir que:

O Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

A prescrição quinquenal não alcança as ações (em sentido material) reais contra a Fazenda Pública (RTJ, 37:297, 58:717; RT.185:260,147:132, 299:189, 349:173, 329:773, 462:260).¹⁴

¹⁴ Consulte: Antônio Luiz da Câmara Leal, *Da prescrição e decadência*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 293 e 294; Pontes de Miranda, Tratado, cit., v.6, § 714. 2; Silvio Rodrigues, Curso, cit., v.1, p. 382 e 383. Em sentido contrário, v.: Carpenter, *Da prescrição*, n. 368 e Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro interpretado*, Freitas Bastos, v. 3, p. 503.

Quem é o credor das dívidas passivas da Fazenda Pública, autarquias e entidades paraestatais?

Os decretos acima mencionados aludem às dívidas passivas dessas entidades públicas, ou seja, às pretensões relativas a direitos pessoais em que elas forem rés, atinentes às obrigações que tiverem com *pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado*. Todavia há quem os interprete extensivamente, como Pontes de Miranda, admitindo que o prazo quinquenal ocorre ainda que o *credor* seja outra pessoa jurídica de direito público interno¹⁵, alegando que o merecedor de proteção legal é sempre o que deve e não aquele a quem é devido, logo, no conflito entre os interesses de duas fazendas públicas deve prevalecer sempre o prazo estabelecido pela lei para a prescrição da dívida passiva, assim entre a fazenda credora, seja ela federal, estadual ou municipal, e uma devedora, qualquer que seja ela também, o prazo prescricional deverá ser o de cinco anos (RT, 423:173).

Apesar da consideração que sempre nos mereceram as lições de Pontes de Miranda e as decisões judiciais, pensamos de modo diverso, pois, ao abrangerem as pessoas jurídicas de direito público interno como credora, estão dando àqueles decretos um raio de ação por demais amplo,

¹⁵ Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 714.8

ultrapassando as legítimas fronteiras das normas, acentuando a antinomia existente sobre o assunto. Realmente se em certas circunstâncias a norma ordena ou permite determinado comportamento apenas a certas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas pela norma, por se tratar de disposição especial, que vale tão somente para as hipóteses normadas, pois a inclusão de uma importa na exclusão da outra¹⁶.

Logo, esses decretos só são aplicáveis às pretensões relativas a direitos pessoais em que a entidade pública é devedora de pessoa física ou jurídica de direito privado.

Quanto às *dívidas ativas não fiscais* da Fazenda Pública é preciso lembrar que os *créditos* do Estado contra *particulares* são, em regra, imprescritíveis. Às pretensões da Fazenda Pública contra particulares não subordinadas a prazo especial prescrevem em dez anos, segundo a norma geral do art. 205, em três anos, conforme o art. 206, § 3º, IV e V, ou em cinco anos, diante do disposto no art. 206, § 5º, I, do novo Código Civil? Qual seria o lapso prescricional das pretensões creditórias do Poder Público contra pessoa física ou jurídica de direito privado, em caso de execução fiscal por dívida não tributária advinda, por exemplo, de taxa de ocupação ou multa

¹⁶ Klug, *Lógica jurídica*, cit., p. 12

administrativa, aluguéis etc., visto que, no que concerne à cobrança ativa fazendária, isto é, ao crédito tributário, prevalece o Código Tributário Nacional, que excepcionou, reduzindo para cinco anos o lapso prescricional para o ajuizamento dessas ações (CTN, arts. 156, 174, 121)? A dívida ativa da Fazenda Pública é o seu crédito exigível, compreendendo tudo que ela tenha direito de vir a receber.

Dada a relevância da solução para o erário, dever-se-á afastar a interpretação literal, diante do fato de a prescrição ser exceção e sanção adveniente, imposta em razão de inércia do titular da pretensão de fazer valer em juízo a prestação devida, em razão da violação do direito subjetivo. Parece-nos, que o lapso prescricional para o exercício da pretensão relativa a crédito por dívida não fiscal requer lei especial, visto que a relação entre a Fazenda e o particular pertence à seara juspublicística, tendo princípios informadores diversos dos do Código Civil, que só se aplicariam a relações de direito privado. Normas gerais (como as dos arts. 205 e 206 do CC) não poderão ser aplicadas por analogia a hipótese que requer lei especial, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, para imposição de prazo de prescrição para pretensão atinente a bens públicos (créditos), que é imprescritível, ante o princípio da legalidade e da preponderância do interesse público sobre o particular.

Nem mesmo o Decreto n. 20.910/32 (lei especial) alusivo à prescrição de pretensões sobre débitos passivos poderia ser aplicado analogicamente, ante a lacuna normativa atinente ao prazo prescricional de pretensão de direitos creditórios ativos não fiscais, porque há uma regra de hermenêutica jurídica do uso limitado da analogia no direito administrativo, em matéria referente à competência, ao uso do poder de polícia, à sanção administrativa, às contribuições, à caducidade, à outorga de privilégios, a prazo prescricional etc.

Se se empregar por analogia o prazo de cinco anos para crédito tributário ou o de cinco anos para dívida do Estado, estar-se-ia tratando igualmente os desiguais (Poder Público credor de crédito tributário; Poder Público credor de dívida ativa não tributária e Poder Público devedor), pois temos três situações diferentes, visto que a especialidade está na conduta normada, ferindo-se o princípio da isonomia.

Logo, ante a lacuna normativa, aplicando-se os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, considerando-se que, em matéria de prescrição, por ser concessão de privilégio (devedor) e imposição de sanção ao inerte (credor), não se poderá empregar a analogia (RTJ, 84:781), mas o princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público, concluindo-se pela *imprescritibilidade* (CF, art. 37, § 5º) das dívidas ativas não tributárias, para que não haja lesão ao erário, pois aqueles

créditos da Fazenda Pública dele fazem parte como bem dominical.

Sem embargo desta nossa opinião durante a vigência do Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência, em caso de execução de dívida ativa não tributária, aplicavam o art. 177 (RT.188:893, 182:347, 178:304, 177:356, 173:403, 223:548). Câmara Leal já dizia:

Entendemos, pois, que as *ações* que competem à União, aos Estados e aos Municípios contra particulares, *não subordinadas a prazo especial*, prescrevem em *vinete anos*, quando *pessoais*, e em quinze e dez, quando reais, segundo a regra geral do art. 177 do Código Civil.

Acatava tal posicionamento Martins da Silva: “Na falta de dispositivo legal expresso, ao crédito fiscal não tributário de um modo geral aplica-se a prescrição vintenária do art. 177, do Código Civil”.

E havia até entendimento de que não se deveria aplicar o prazo civil ordinário do Código Civil, de 1916, art. 177 (norma geral), pois tal lapso temporal deveria ser o de cinco anos do Decreto n. 20.910/32 (norma especial). Assim se posicionava Celso Antônio Bandeira de Mello, ao ponderar:

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado (...).

No passado (até a 11ª edição deste ‘Curso’) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil (...).”

Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.

Nestas, encontram-se duas orientações com tal caráter:

a) a relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público. Como dantes se viu, o diploma normativo pertinente (Decreto 20.910, de 6.1.32) fixa tal prazo em cinco anos.(...)

b) a concernente ao prazo de prescrição para o Poder Público cobrar débitos tributários ou decadencial para constituir o débito tributário. Está fixado em cinco anos (...)

c) Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público. (...).

d) Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, (...), *o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos (...)*”. (grifo nosso).

e) Nessa mesma esteira, houve decisão judicial de que:

Não tem aplicação à hipótese dos autos a prescrição constante do Código Civil, porque a relação de direito material que deu origem ao crédito em cobrança foi uma relação de Direito Público, em que o Estado, com o seu ‘jus imperii’, impôs ao contribuinte multa por infração.

Pode-se perfeitamente afastar da disciplina jurídica o CTN, mas não se pode olvidar a existência do Decreto 20.910,

de 06/01/1932, que estabelece a prescrição quinquenal para as dívidas dos Estados (art. 1º)” (Revista do Tribunal de Contas da União, 72:73).”

E, na vigência do novel Código Civil, conclui Theodoro Junior:

o art. 205 é, outrossim, regra pertinente ao direito privado. Em nada afeta as prescrições estabelecidas pelo direito público, v.g., as tributárias etc., que continuam regidas pela legislação própria. *No entanto, havendo lacuna* na própria disciplina publicística, o texto do Código Civil torna-se aplicável, pela função supletiva, que se lhe reconhece dentro do ordenamento jurídico em geral, no que se relaciona com os atos jurídicos em sentido lato” (grifo nosso).

Com isso, pela interpretação feita por esses autores, o art. 206, § 5º, I, do Código Civil – segundo o qual prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular – não se aplica à execução fiscal de certidões de dívidas ativas não tributárias, apesar de serem títulos executivos extrajudiciais, ou seja, débitos líquidos e certos contidos em instrumento público, considerando-se que tal comando legal é próprio para relações de direito privado e ao regime jurídico que envolve a

Administração Pública e que, sob a égide do Código Civil, de 1916, já havia entendimento aplicando a prescrição ordinária (CC, art. 177) e não a especial (CC, art. 178).

Ante a *ratio legis* e pela análise sistemática do novel Código Civil, em relação ao ordenamento jurídico, a hermenêutica jurídica nos conduz à conclusão da imprescritibilidade daquelas dívidas ativas não tributárias, pois ante o silêncio da lei, estando vedado o emprego da analogia em matéria prescricional, a solução seria, pelos arts. 4º e 5º, aplicar o princípio da prevalência do interesse público, conducente na preservação do erário (CF, art. 37, § 5º), pois uma norma geral (CC, art. 205) não poderá prevalecer sobre a especial.

A *Fazenda Pública*, desde que se envolva numa relação de direito público (relativa a tributos ou penalidades) ou de direito privado (alusiva a preços públicos ou contratos) como *credora*, terá um crédito público, pelo qual a *pessoa física* ou *jurídica de direito privado*, como *devedora*, fica obrigada a prestar-lhe o objeto de obrigação (Lei n. 6.830/80)¹⁷;

¹⁷ Sobre a dívida ativa da Fazenda Pública, v. as lições de Câmara Leal (*Da prescrição*, cit., p. 297, 298 e 299), Bernardo Ribeiro de Moraes (Dívida ativa da Fazenda Pública, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 29, p. 40 e 41), e Darcy Arruda Miranda (*Anotações ao Código Civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1981, v. 1, p.131 e 132);

Se ação competir à União contra o Estado, ou ao Estado contra a União, ou ao Estado contra o Município, ou ao Município contra o Estado ou à União e vice-versa, qual seria o prazo prescricional?

As pretensões relativas a direitos pessoais movidas por *pessoa jurídica de direito público interno contra outra jurídica de direito público interno* ante a falta de menção legal expressa, seriam reguladas, quanto ao prazo prescricional, pelo art. 205, do Código Civil: logo a prescrição será de dez anos? Tal prazo de dez anos seria favorável ao autor, em razão de sua qualidade de pessoa jurídica de direito público interno, portanto não seria ilógico estender, por analogia, a norma contida no Decreto n. 20.910/32, em que o prazo das ações movidas contra a pessoa jurídica de direito público seria de cinco anos, favorecendo-a como ré, devido a sua qualidade de ente público?

A prescrição constitui uma pena para o negligente, que deixa de exercer seu direito de ação, dentro de certo prazo,

Américo L. Silva, À execução da dívida ativa da Fazenda Pública, 2001, p.761; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 906 e s.; Humberto Theodoro Jr., *Comentários ao novo Código Civil*, 2003, p. 303; Carlos Augusto dos Santos Frias, *Prescrição no direito administrativo*, *Revista de Informação Legislativa*, 32: 128; Linares, *Caso administrativo no previsto*, Depalma, 1976, p.65.

ante uma pretensão resistida¹⁸. Poder-se-ia conceituá-la, seguindo a esteira de Câmara Leal, como a “extinção de uma ação ajuizável, em virtude de inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”. Violado o direito, nasce a pretensão contra o sujeito passivo; com a recusa deste em atender a pretensão, nasce a ação (sem sentido material), com a qual se provoca a intervenção estatal, que prescreverá se o interessado não a mover¹⁹.

Por ser a prescrição uma sanção criada pela lei contra a inércia do autor, privando-o de um direito, havendo lacuna de conflito ou até mesmo simples antinomia, em casos excepcionais o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis, devendo-se seguir a mais justa ou a mais favorável, procurando salvaguardar a ordem pública ou social²⁰. Por isso, parece-nos que o critério mais razoável seria entre duas prescrições diferentes, aplicar a mais favorável ao autor, que reclama proteção jurídica. Se a lei lhe concede prazo maior para intentar sua ação, esse prazo, que lhe é favorável, deve prevalecer sobre o que lhe é desfavorável,

¹⁸ Câmara Leal, *Da prescrição*, cit., p. 14-9; Silvio Rodrigues, *Curso*, cit., v. 1, p. 358; Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 452.

¹⁹ Câmara Leal, *Da prescrição*, cit., p. 12, 20-5.

²⁰ Bobbio, *Des critères pour résoudre les antinomies*, in *Les antinomies*, cit., p. 237 e 245; Perelman, *De la justice*, cit., p. 72.

criado em atenção à pessoa do réu²¹. E se não há lei especial, a qualquer tempo poderá fazer valer sua pretensão.

O critério jurídico a ser adotado seria o da prescrição de dez anos para os adeptos da aplicação do art. 205 do Código Civil, quando: a) a União for autora contra Estado e Município; b) Estado for autor contra a União e Município; c) Município for autor contra Estado e União.

Exemplificativamente, se, porventura, a União reter indevidamente, mediante fraude, o produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, mencionado na norma constitucional, art. 153, VI, sem distribuir ao Município os 50% a que tem direito, em virtude do disposto no art. 158, II, da Lei Maior, o Município, em consequência de imperativo constitucional, poderá mover a ação pessoal contra a União. Tanto as pessoas naturais como as jurídicas sujeitam-se aos efeitos da prescrição, ativa ou passivamente, ou seja, podem invocá-la em seu proveito ou sofrer suas consequências quando alegada *ex adverso*²².

Como já afirmamos, não havendo prescrição especial que regule ações de entidade pública contra outra pessoa jurídica de direito público interno, estatuinto prazos mais exíguos, pela conveniência de reduzir o prazo geral para

²¹ V. Câmara Leal, *Da prescrição*, cit., p. 299 e 300.

possibilitar o exercício de certos direitos²³, aplica-se, para aquela corrente majoritária, o art. 205 do Código Civil. Pelo art. 205 desse diploma legal as *ações pessoais*, que têm por fim fazer valer direitos oriundos de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer algo, quer assumida voluntariamente pelo sujeito passivo, quer imposta por norma jurídica, prescrevem ordinariamente em dez anos²⁴.

As dívidas ativas e passivas de uma pessoa jurídica de direito público contra outra de direito público interno, sujeitar-se-iam, segundo aqueles autores, à prescrição do art. 205, do Código Civil, que não se conta da lei que defere o direito, mas do ato que lhe recusa aplicação (RTJ, 46:259)²⁵.

O tratamento é desigual relativamente à situação do particular em face da Fazenda Pública, como demonstramos em páginas anteriores. As *ações reais*, por terem objetos de direitos reais, movidos por entidade pública contra outra pessoa jurídica de direito público interno, são, em regra, *imprescritíveis*, portanto insuscetíveis de usucapião, visto serem inalienáveis; logo, só poderia haver prescritibilidade

²² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. I, p. 593.

²³ Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 457.

²⁴ M. Helena Diniz, *Curso*, cit., v.1,p. 194; Câmara Leal. Da prescrição, cit., p. 224.

²⁵ Até mesmo em caso de lei inconstitucional (ou mesmo ilegal), a prescrição da pretensão começa com o ato que aplica a lei.

mediante expressa autorização legal (CC, art. 102). Como, por exemplo, o Decreto-lei n. 3.365/41, no art. 2º, § 2º, ao dispor que: “Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distritos Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa”, admitiu a desapropriação de bens de entidade pública por outra pessoa jurídica de direito público interno; então, se há lei que a permite, deveria haver, em nosso ordenamento, uma norma que autorizasse a usucapião de bens pertencentes a um ente público por outra entidade pública. Como não há norma a esse respeito optamos pela tese da imprescritibilidade.

Esta seria uma das soluções jurídicas. Mas se houver, em caso de antinomia ou silêncio de texto legal, interpretação de que as *ações pessoais* de pessoa jurídica de direito público interno contra outra de direito público interno prescrevem dentro de dez anos contradizendo a equidade, produzindo uma situação indesejável, deverá ser afastada. Hipótese em que se terá uma lacuna axiológica ou política. Até mesmo Kelsen admite implicitamente a existência dessa espécie de lacuna, ao afirmar que a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser havida como não-equitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas

também quando ela contenha uma tal norma. Por isso, permite ao juiz não aplicar tal norma, que conduziria a soluções injustas²⁶.

O órgão judicante não deve hesitar em apelar à equidade, se da estrita aplicação dos dispositivos legais advierem resultados iníquos ou injustos²⁷.

O aplicador do direito poderá, nesse caso, afastar aquela prescrição de dez anos, se sua aplicação causar sérios danos ao crédito público, decidindo pela imprescritibilidade, sob pena de violar o princípio de que é essencial à ordem jurídica a política econômica estabelecida em razão de seu interesse preponderantemente social, pois o exercício do poder público subordina-se ao princípio de que a administração pública não pode privar-se de certos bens e direitos, consagrados constitucionalmente, para a consecução de suas funções públicas²⁸. É necessário, para manter equilíbrio entre os interesses econômicos das entidades públicas, apelar aos princípios gerais de direito, aplicáveis na inconsistência de normas e na ausência de texto normativo justo ou expresso

²⁶ Hans Kelsen, *Teoria pura*, cit.,v.2, p.107,108 e 111.

²⁷ Henri De Page. *À propos du gouvernement des juges*, cit., p. 106 e 122.

²⁸ Hoefffer, *Les antinomies en droit public*, in *Les antinomies*, cit., p.177.

sobre o assunto²⁹ e correspondentes à ideologia social e aos valores positivados pela ordem jurídica vigente, mantendo, assim, a coerência que deve caracterizar o sistema jurídico, solucionando lacuna axiológica e antinomia.

O jurista e o aplicador do direito, para encontrar o princípio geral de direito atinente à questão duvidosa não regulada ou que abranja os elementos normativos antiéticos, deverão pesquisar elementos de índole diversa (normas, fatos e valores), componentes dos subsistemas do sistema jurídico, que, reunidos, podem ser sintetizados num princípio, constituindo um foco de luz para a solução da controvérsia.

Da análise dos subsistemas normativo, fático e valorativo, relativos aos bens públicos, percebe-se não só que acima do Estado deve-se assegurar o exercício dos direitos econômicos e sociais, por serem necessários ao exercício das

²⁹ Huberlant, *Antinomies et recours aux principes généraux*, in *Les antinomies*, cit., p.205; Del Vecchio, *Essai sur les principes généraux du droit*. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, cit., p. 165; Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, in *Études et documents du Conseil d'État de France*, cit., p. 19-31; Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954; Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, LGDJ, 1958, p, 179-94; Henri de Page, *Traite élémentaire*, cit., 1962, t.I, n.104; Ganshof van der Meersch, *Le droit de la défense, principe général de droit – réflexions sur les arrêts récents*, in *Mélanges*, cit., Bruxelles, Émile Bruylant, 1963, t.2,p.569-614.

funções públicas, mas também que se deve assegurar a intangibilidade dos bens públicos por estar em jogo o interesse público; convém impedir o seu mau uso.

Os bens públicos têm uma importância excepcional; atingidos, desnaturados, desviados de sua finalidade, retidos indevidamente, colocam em perigo a própria ordem pública. Esse princípio da intangibilidade dos bens públicos quer significar certo zelo que as pessoas jurídicas de direito público (titulares desses bens) manifestam por mil formas contra a alienação e a prescrição (TJDF, RDA, 47:207), não só resguardando o bem público, impedindo ou dificultando que passe de um a outro sujeito de direito, seja ele particular, seja ele outra entidade pública, mas também tornando-o imune a atentados que lhe impeçam a mais ampla utilização pelo verdadeiro destinatário. Os bens públicos são intangíveis por princípio, constituindo exceção a tangibilidade.

Assim sendo, se as normas, num dado caso concreto, não corresponderem a sua finalidade e a sua função, pode-se decidir aplicando-se um princípio geral de direito, que conduza à afirmação da *imprescritibilidade de qualquer pretensão, não havendo norma especial, que verse sobre bens públicos*. Tal resolução não é contra o direito, visto estar autorizada pelo art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, já que nada impede que haja uma opção pela norma mais justa,

visando manter a coerência do sistema jurídico, afastando a aplicação da outra norma, em prol do fim social e do bem comum³⁰.

O aplicador do direito, convém lembrar, ao dar uma solução efetiva por meio de uma interpretação equitativa ao conflito normativo ou à lacuna, não os elimina, apenas resolve o caso *sub judice*. O ato do órgão judicante apenas opta entre várias soluções possíveis, sem dissolver a antinomia ou lacuna; existente nas normas referentes à questão da prescrição das ações alusivas a bens públicos, principalmente nas relações entre um ente público, com outro. Só o Poder Legislativo poderia eliminar a antinomia e a lacuna; logo, enquanto não sobrevier lei prescrevendo critérios sobre o assunto, tido como não normado. O caso concreto poderá tão-somente ser solucionado, mas a inconsistência normativa ou a lacuna persistirá na ordem jurídica.

³⁰ Silance, Quelques exemples d'antinomies et essai de classement, in *Les antinomies*, cit., p. 120; Maria Helena Diniz, *Conflito de Normas*, São Paulo, Saraiva, 2005, p.73-93.